

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO**

DANIEL LUCIO DA SILVA PORTO

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

São Paulo

2013

DANIEL LUCIO DA SILVA PORTO

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Profa. Vera Lucia de Oliveira Rocha

São Paulo

2013

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a possibilidade de se conferir efeitos abstratos a decisões proferidas por meio do sistema difuso do controle de constitucionalidade. Inicialmente será abordado o atual estágio do constitucionalismo e a função do tribunal constitucional no Brasil. Depois disso, serão examinados os meios clássicos de controle de constitucionalidade e sua ineficiência para a solução dos conflitos em massa. Será então estudada a viabilidade de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso ter seus efeitos estendidos a outros casos com partes distintas.

Palavras-chave: Direito processual constitucional. Controle de constitucionalidade. Controle difuso. Controle concentrado. Abstrativização do controle difuso.

ABSTRACT

The objective of the present study is to proceed the analysis the possibility of conferring abstract effects to judgments delivered by the diffuse system of constitutionality control. Initially will be studied the current stage of constitutionalism and the role of the constitutional court in Brazil. After that, will be examined the traditional means to control constitutionality and your inefficiency for the solution of conflicts in mass. Will then studied the feasibility of a decision by the Federal Supreme Court in diffuse control to have their effects extended to other cases with different parties.

Keywords: Constitutional process law. Constitutionality control. Diffuse control. Concentrated control. Abstrativization of diffuse control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – NEOCONSTITUCIONALISMO E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	8
CAPÍTULO 2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	12
CAPÍTULO 3 – O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	20
CAPÍTULO 4 – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.	26
CONCLUSÃO.....	34
REFERÊNCIAS.	37

INTRODUÇÃO.

O presente trabalho objetiva investigar a possibilidade de serem conferidos efeitos abstratos e vinculantes a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em processos originalmente submetidos ao sistema difuso de controle de constitucionalidade.

A temática está inserida contexto da cada vez mais importante investigação do papel social do direito e do Poder Judiciário na sociedade contemporânea como meios de efetiva pacificação social a qual, nos dizeres de Cândido Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, é “*o escopo magno da jurisdição*”¹.

É impossível deixar de considerar que, ao mesmo tempo em que a sociedade contemporânea promoveu significativo aumento das relações interpessoais, diretamente proporcional é o aumento das relações jurídicas e da litigiosidade que as envolve, de modo a desaguar num número cada vez maior de demandas nas quais o Estado-Juiz é invocado a intervir.

Outra nota distintiva é a de que, em função da garantia constitucional e da ampliação dos meios de acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário (primeira onda de acesso à justiça) existe uma inescandível massificação de demandas, nas quais situações praticamente idênticas se replicam e levam ao abarrotamento dos tribunais em ações que, embora relativas a direitos individuais, poderiam ser decididas de forma uniforme.

Essa massificação de litígios na sociedade pós-moderna é inevitável e qualquer tentativa de refrear a instauração de novas ações representaria um retrocesso a todos os avanços obtidos

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 12ª. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1996.

durante décadas para o efetivo acesso à justiça.

Ao mesmo tempo, os sistemas atualmente disponíveis de controle de constitucionalidade e de legalidade das decisões se mostram claramente ineficientes e incapazes de proporcionar ao jurisdicionado a célere e adequada resolução a seu caso concreto.

Exatamente por isso, a teoria da abstrativização do controle difuso surge, no plano constitucional, como uma interessante ferramenta para o equacionamento da massificação de demandas e da necessidade de o Poder Judiciário oferecer prestação jurisdicional de qualidade. Serão exatamente os contornos de tal teoria e sua validade no sistema jurídico brasileiro que constituirão o objeto de estudo deste trabalho.

CAPÍTULO 1 – NEOCONSTITUCIONALISMO E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.

Antes de se adentrar ao mérito deste trabalho - a análise da teoria da transcendência, mostra-se importante abordar brevemente o atual estágio da doutrina constitucional e a sempre viva necessidade de resguardar-se a supremacia da constituição.

É sabido que o direito não é e não pode ser observado de forma estática, sob pena de perder sua função precípua de efetivamente disciplinar e solucionar as relações e conflitos interpessoais. Essa dinamicidade deve estar presente em todos os ramos do direito, aplicando-se sem dúvida alguma ao direito processual e, de forma ainda mais específica, ao direito processual constitucional (objeto deste estudo).

Ao longo do tempo, o próprio constitucionalismo evoluiu e tem procurado evoluir no intuito de acompanhar as mutações da sociedade contemporânea. Procura-se superar o estágio meramente formalista do positivismo, nos quais expressões como igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, entre outras, eram consideradas apenas símbolos e direitos declarados e não efetivados.

Por meio do neoconstitucionalismo, que nos dizeres de Luís Roberto Barroso “*identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito constitucional.*”², o que se busca é fazer com que tais expressões passem a ganhar corpo e cada vez maior relevo, sendo postas em prática para que sejam capazes de ofertar uma resposta efetiva do direito às

² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> acesso em 22/12/2013.

necessidades cada vez maiores da sociedade pós-moderna.

Note-se que o neoconstitucionalismo não tem a característica revolucionária ou de ruptura com o constitucionalismo tradicional, como o nome poderia sugerir. Não é um novo constitucionalismo, mas sim o reexame e reinterpretação de conceitos e da forma de sua efetivação em consonância com a evolução social e do direito já ocorrida e que se renova a cada dia.

Não se pode também falar em neoconstitucionalismo ou em teoria da transcendência sem tratar-se da supremacia da constituição.

Sem sombra de dúvidas, já na óptica do constitucionalismo moderno, a constituição é tratada como sendo um instrumento com poder normativo e vinculante ao qual a todo o restante do ordenamento jurídico deve se conformar. A constituição é a matriz do sistema jurídico, o elemento positivo fundante que, alicerça e confere legitimidade a todas as demais normas destinadas à ordenação da vida social.

Essa normatividade e vinculação de que é dotada a constituição, vale dizer, não está adstrita às normas de regulação de conduta ou às prescrições relativas à organização e limitação do poder estatal expressos no texto constitucional.

Muito além disso, os princípios encampados pela constituição possuem os mesmos atributos de normatividade e vinculação, razão pela qual não podem as normas de caráter principiológico ser tidas como uma orientação do constituinte à sociedade, como ensina Walter Claudius Rothenburg: “O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de se os caracterizar como meras sugestões ou diretivas”³

Nesse mesmo sentido leciona José Afonso da Silva quando afirma:

A Constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas

³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. 2ª Tiragem, 2003. p. 81.

(escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.⁴

Destarte, nos sistemas em que se adota o estado democrático de direito, é indisputável a vigência do princípio da supremacia da constituição sobre todas as demais normas e também sobre os atos a serem praticados em todos os âmbitos dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Quando se está diante de uma constituição analítica e dirigista como é o caso da Constituição Federal de 1988, a questão da supremacia da constituição se espraia para todos os ramos do direito, vez que o primado da constituição não se aplica apenas às normas consideradas materialmente constitucionais, cujo conteúdo identifica-se “*com a forma e a estrutura do Estado, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos Poderes, o modelo econômico e os direitos e deveres e garantias fundamentais.*”⁵. Possui aplicabilidade também em relação às normas formalmente constitucionais, aquelas inseridas no texto constitucional tendo ou não conteúdo constitucional (normas relativas à economia, direitos sociais, proteção da família, por exemplo).

Também o grau de rigidez do texto constitucional é característica marcante para a determinação da supremacia da constituição em relação a outras espécies normativas. Em constituições flexíveis nas quais o poder legislativo ordinário possui liberdade plena para alterações nas normas constitucionais, a primazia da constituição acaba por ser mitigada, vez que basta a manifestação em *lege ferenda* para que o texto da constituição seja alterado e a eventual inconstitucionalidade seja contornada ao alvedrio do poder legislativo da época considerada.

Dito de outra forma, a rigidez da constituição e sua supremacia são imprescindíveis para que seja ela entendida “*no vértice do sistema jurídico do país, a que se confere validade, e que*

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39.

⁵ ARAÚJO, Luís Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 5.

*todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.”*⁶

A fim de que a supremacia da constituição seja efetivamente observada, é imprescindível que sejam também instituídos mecanismos por meio dos quais os entes aos quais a própria constituição atribui competência sejam capazes de corrigir normas ou situações de inconformidade com o texto magno.

No sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade é exercido por todos os poderes estatais, Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Legislativo realiza o exame prévio da constitucionalidade das propostas normativas, antes mesmo que estas venham a ser incorporadas ao ordenamento positivo.

O chefe do Executivo também age de forma preventiva, ao ver a si submetida determinada norma para sanção. Em vislumbrando a inadequação da norma ao texto da constituição, pode exarar o veto total ou parcial a fim de também impedir que a lei (em sentido lato) inconstitucional venha a adentrar no ordenamento.

O Judiciário, diferentemente dos demais poderes exerce, em regra, o controle repressivo, vez que apenas se ocupa de normas positivadas e que tenham superado tanto o crivo do Legislativo quanto do Executivo.

É precipuamente em relação ao controle de constitucionalidade (em verdade da convergência das formas de controle) exercido pelo Poder Judiciário que o presente trabalho efetivamente se ocupa. Nos capítulos subsequentes, tratar-se-á de forma mais acurada desses mecanismos de controle de constitucionalidade, enquanto parte integrante do chamado direito processual constitucional.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47.

CAPÍTULO 2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Conforme ressaltado, a efetivação da supremacia da constituição tem como exigência lógica a impossibilidade de existência ou permanência no ordenamento de prescrições que estejam em descompasso com as normas constitucionais.

Assim, quando se trata de controle de constitucionalidade as primeiras ideias a serem tratadas são as de constitucionalidade e inconstitucionalidade, podem ser entendidas de forma ampla como a conformação ou não de determinado ato ou fato à Constituição.

Evidentemente, não apenas as normas podem estar eivadas de inconstitucionalidade, mas também atos administrativos (quando num procedimento fiscal é violado o princípio da ampla defesa), políticas públicas (quando uma prefeitura aplica noutras áreas verbas orçamentárias destinadas à educação e saúde), ações de particulares (quando determinada associação tenta compelir alguém a manter-se associado), além de um sem número de outras situações. Por isso, há plena concordância com a manifestação do Min. Teori Zavascki de que:

Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou por omissões a ela contrários (...) É equivocada, destarte, a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da norma com a Constituição (...)⁷

No entanto, por questões metodológicas o principal ato a ser objeto de investigação neste trabalho será a norma, a lei em sentido amplo e não os demais atos comissivos ou omissivos

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001. p. 13.

passíveis de inconstitucionalidade.

Pois bem, ainda para fins metodológicos, mostra-se válido tratar das várias espécies de inconstitucionalidade, que são assim classificadas pela doutrina majoritária:

Inconstitucionalidade formal e material. Formal é a inadequação da norma ao texto da constituição em relação ao procedimento estabelecido para a edição válida da lei, o vício é procedimental. Material, por sua vez, é inconstitucionalidade que decorre da incompatibilidade do conteúdo da lei em relação às prescrições do texto constitucional, aqui embora o procedimento esteja correto, é o conteúdo que não se coaduna à norma suprema.

A inconstitucionalidade também pode ser total ou parcial. Total quando a integralidade do ato normativo está em desconformidade com o texto constitucional e seja impossível sua aplicação sem violação à lei maior. Entretanto, quando for possível o aproveitamento de parte da norma editada sem violação ao texto da constituição, a inconstitucionalidade será apenas parcial.

A inconstitucionalidade pode se dar por ação, quando é efetivamente emanado ato ou norma em infringência à constituição; ou por omissão, quando a conduta contrária à constituição decorre exatamente da inércia do ente competente quanto à edição da lei ou do ato destinado à realização do mandamento constitucional.

Por inconstitucionalidade originária entende-se aquela verificada quando a norma tida por inconstitucional é mais recente do que o texto constitucional em vigor. Noutro sentido é superveniente a inconstitucionalidade quando se está a tratar da norma inserida no ordenamento anterior à vigência de determinado texto constitucional: é pela nova constituição que a norma que, até então era válida, se torna inconstitucional.

A inconstitucionalidade pode, ainda, ser direta ou indireta. A primeira quando a desconformidade da norma se dá em relação ao próprio texto constitucional, sem a interposição de quaisquer outras espécies normativas entre o ato tido por inválido e a lei maior. Indireta é a inconstitucionalidade verificada quando existem normas constitucional e infraconstitucional com mesmo conteúdo e a violação se dá, antes, em relação à norma infraconstitucional do que em relação à própria constituição. Essa inconstitucionalidade

reflexa é amplamente utilizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal como mecanismo para a averiguação dos pressupostos de admissibilidade de recursos extraordinários, porquanto a Excelsa Corte não admite o trânsito de tais recursos por violação indireta à lei maior. Na mesma linha é a opinião de André Ramos Tavares para quem: “*a inconstitucionalidade indireta é apenas ‘mera ilegalidade de normas ou incompatibilidade internormativa de nível infraconstitucional’*”.⁸

Fixados esses conceitos, passa-se a tratar dos mecanismos destinados ao controle da constitucionalidade o que se fará, num primeiro momento, também a partir de classificações quanto à natureza, momento, órgão e forma de exercício do controle.

Quanto à natureza o controle de constitucionalidade classifica-se em político e judicial. Político quando o exame cabe a órgão cuja natureza seja predominantemente, ainda que não exclusivamente, política (v. g. Congresso Nacional). Judicial quando o enfrentamento da questão cabe a um ou mais órgãos vinculados à estrutura do Poder Judiciário.

Em relação ao momento, pode ser o controle preventivo, quando realizado antes mesmo do ingresso da norma no ordenamento. Nos dizeres de Jorge Miranda, tal controle se dá “*antes de concluído o procedimento de formação ou antes do momento de consumação da obrigatoriedade do acto.*”⁹ Ainda valendo-se da doutrina portuguesa, Canotilho assim se refere ao controle repressivo: “*o exame de fiscalização, faz-se, assim, num momento sucessivo ao ‘aperfeiçoamento’ do acto normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor.*”¹⁰

De maior relevo para os fins deste estudo é classificação quanto ao órgão competente, discernindo-se entre controle difuso, aquele no qual a inconstitucionalidade é passível de declaração por todo e qualquer juiz nos processos em que sua atuação é exigida.

⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 207.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2005. T. VI. p. 53.

¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 902.

Concentrado, por seu turno, é o controle incumbido a apenas um determinado órgão a quem cabe, por meio de determinados mecanismos processuais (ações) o julgamento a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei.

De igual ou ainda maior importância é a diferenciação do controle concreto/incidental do controle abstrato/principal.

Denomina-se concreto ou de defesa o controle de constitucionalidade de determinada norma exercido de forma incidental num caso específico submetido ao judiciário para a solução de um litígio. Jorge Miranda chega a afirmar que a questão constitucional é simplesmente de fundo, vez que a ação *“converge para outro resultado que não a garantia da Constituição; e nele a inconstitucionalidade é questão prejudicial”*¹¹

Principal ou abstrato é o controle existente quando o único objeto da ação judicial é a própria análise da constitucionalidade de determinada norma, análise que se dá de forma independente e sem qualquer associação a qualquer litígio interpessoal específico. Conforme leciona Alexandre de Moraes:

procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.¹²

Via de regra, embora haja exceções, no direito brasileiro, o controle abstrato se dá pela via concentrada e o controle incidental pela via difusa. O que se almeja tratar e comprovar no decorrer do trabalho é exatamente a possibilidade de extensão dos efeitos do controle difuso a outras demandas, aproximando-o dos efeitos inerentes ao controle abstrato.

Vislumbradas, portanto, as mais importantes classificações do controle de constitucionalidade, cabe breve menção de que o Brasil conta com um dos mais complexos

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2005. T. VI. p. 55.

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 606.

sistemas de controle de constitucionalidade do mundo, por possuir mecanismos dos mais variados para tal desiderato.

Rememore-se que o Brasil possui tanto o controle político (realizado pelas comissões de constituição, justiça e cidadania dos órgãos Legislativos e também pela prerrogativa de veto pelo chefe do Executivo), exercido em âmbito preventivo; quanto o controle repressivo exercido pelo Judiciário (que efetivamente constitui o objeto deste estudo).

O controle de constitucionalidade (tomando-se aqui apenas a Constituição Federal e não as Estaduais) repressivo concentrado é confiado exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal e se dá por meio das chamadas ações constitucionais: quais sejam a ação direta de constitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade¹³.

Muito embora tais ações não constituam o objeto específico de estudo desta monografia, não se pode perder de mencionar com brevidade algumas das principais características comuns a ambas as ações, porquanto intimamente afeitas à conclusão que se pretende demonstrar adiante.

Referidas ações possuem um rol taxativo de pessoas (físicas ou jurídicas) legitimadas à sua propositura, previsto no artigo 103 da Constituição Federal e que contempla: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Não obstante esse rol taxativo, é necessária a presença da chamada *pertinência temática*, isto é uma relação de conformação entre o objeto da ação e o interesse específico do legitimado, de modo que apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil possuem a

¹³ Muito embora também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seja enquadrada no rol das ações de competência originária do STF com vistas à salvaguarda da constituição, por não se tratar de medida

legitimação plena.

Gilmar Ferreira Mendes mostra-se crítico em relação à exigência da pertinência temática:

Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.

E arremata:

Uma tal restrição ao direito de propositura, além de não se compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas, criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação essa que não encontra respaldo na Constituição.¹⁴

Referidas ações, como visto, merecem receber o adjetivo de ações objetivas, porquanto não estão diretamente relacionadas a quaisquer litígios específicos, sendo destinadas precipuamente à manutenção da higidez do sistema e sua consonância com a Constituição. Por isso Uadi Bulos se manifesta no sentido de que “*A declaratória de constitucionalidade possui a natureza jurídica de um verdadeiro processo objetivo, inserindo-se no sistema de controle abstrato de normas.*”¹⁵

Ajuizada a ação, a questão é submetida à Advocacia Geral da União para apresentação de defesa e a parecer da Procuradoria Geral da República, quando esta não figura como autora da ação. Eventualmente, em casos específicos, admite-se a interveniência do *amicus curiae*.

Ultimadas tais providências, passa-se ao julgamento da ação, o qual deve ser realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em respeito ao artigo 97 da Constituição Federal, que dispõe que “*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do*

destinada especificamente ao controle de constitucionalidade, não será tal ação objeto do presente trabalho.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1110 e 1111.

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.

respectivo órgão especial, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (trata-se do princípio da reserva de plenário que será retomado adiante).

Se a decisão do plenário for de inconstitucionalidade da norma objeto da investigação, tal norma será imediatamente retirada do ordenamento jurídico pelo próprio Supremo Tribunal Federal, caso contrário, será ela mantida no ordenamento por estar em consonância com os ditames constitucionais.

Uma terceira hipótese é a interpretação conforme da norma impugnada, com ou sem redução de texto, a partir da qual o Supremo Tribunal Federal não retira a norma do ordenamento positivo, mas fixa a forma pela qual deva se dar sua interpretação para que atenda aos preceitos da Lei Maior.

Quanto aos limites da atuação do Pretório Excelso, destaque-se a lição de Alexandre de Moraes:

Importantíssimo ressaltar que o Supremo Tribunal Federal fica condicionado ao pedido, porém não a causa de pedir, ou seja, analisará a constitucionalidade dos dispositivos legais apontados pelo autor, porém poderá declará-los inconstitucionais por fundamentação jurídica diferenciada.¹⁶

Em relação aos efeitos das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, são eles vinculantes, *erga omnes* e *ex tunc* (ou *ex nunc* a depender de eventual modulação por parte do Supremo Tribunal Federal).

Todavia, a questão de seus efeitos da declaração de (in)constitucionalidade, por constituir o ponto central da investigação proposta, será abordada em capítulo próprio.

Por sua vez o controle difuso é exercido no sistema brasileiro de forma exclusivamente incidental e concreto, de forma que a declaração de inconstitucionalidade deve estar necessariamente vinculada a um interesse específico manifestado no feito sobre o qual pende

a apreciação da conformidade de determinada norma à constituição.

Como antes dito, o controle concreto pode se dar em qualquer espécie de feito, devendo-se observar o princípio da reserva de plenário (art. 97, CF) e o julgamento, a princípio (mais à frente se abordará melhor o tema) não tem o condão de retirar a norma do sistema, mas tão somente afastar sua aplicação no caso concreto.

Daí porque, pela teoria clássica, o controle difuso de constitucionalidade possui efeitos *inter pars*.

O recurso extraordinário constitui, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é a forma mais comum de exercício do controle concreto de constitucionalidade naquela corte estando, a princípio, submetido aos efeitos acima delineados.

O que se se pretende a seguir demonstrar é exatamente a necessidade de modernização da teoria clássica, de modo a ampliar-se os efeitos subjetivos do controle concreto de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 624.

CAPÍTULO 3 – O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Dentre as matérias de maior importância na seara do controle de constitucionalidade reside a questão dos efeitos atribuídos às decisões: gerais e abstratos (como as próprias leis) ou particulares e concretos?

Sob o prisma da teoria tradicional do processo constitucional, apenas as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) teriam o condão de produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração, tal como estatui o artigo 102, I, § 2º, Constituição Federal:

Art. 102. (...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas, federal, estadual e municipal.

Assim é que, quando o Supremo Tribunal Federal, por meio do controle concentrado, se debruça sobre a análise da conformidade de determinada norma ou ato administrativo à Constituição Federal, o provimento jurisdicional que emana do Pretório Excelso passa a ter força obrigatória, cria vínculo em relação a todos os jurisdicionados e órgãos de poder, sendo válido trazer a lume que, como ensina Sérgio Sérulo da Cunha, “*vincular é ligar, estabelecer*

laço, relação de dependência ou subordinação, obrigação, sujeição à atuação de outrem.”¹⁷

Note-se que esse efeito vinculante das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, pacificamente aceito (por ser expresso no próprio texto constitucional), em muito se assemelha ao efeito da própria norma editada pelo Legislativo, como aponta Marcus Orione Gonçalves Correia: “*A semelhança entre a lei e o efeito vinculante indica que ambas as categorias expressam a ideia de normatividade, heteronomia, atributividade e bilateralidade.*”¹⁸

Tendo em vista as diferentes possibilidades de manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de determinada norma (total, parcial, interpretação conforme com ou sem redução de texto, norma ainda constitucional, mutação constitucional entre outras), o efeito vinculante das decisões atraiu muitas críticas, por possuir um viés de poder legislativo que, em tese, feriria o dogma da separação de poderes.

Em função disso, mostra-se pertinente trazer a lume os fundamentos de validade e princípios informadores do efeito vinculante neste trabalho defendido.

Além do já mencionado direito fundamental de efetivo acesso à justiça, o efetivo vinculante é também informado pelos princípios da isonomia e da segurança jurídica. A respeito da isonomia, vale transcrever o ensinamento de Celso de Albuquerque Silva:

(...) impende ressaltar que, classicamente, o efeito vinculante tem sido considerado a melhor política judicial porque permite concretizar a regra de justiça consubstanciada no mandamento isonômico de que os iguais devem ser tratados igualmente. Desse princípio deflui a regra de que litígios judiciais substancialmente semelhantes devem ser destinatários de decisões judiciais idênticas.¹⁹

Indubitavelmente, também a segurança jurídica está em plena consonância com o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, pois confere a

¹⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30.

¹⁸ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23.

¹⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen

sempre desejada previsibilidade das decisões a serem adotadas pelos milhares de juízos monocráticos e centenas de órgãos fracionários dos diversos Tribunais espalhados no imenso território brasileiro. Sobre o tema discorre com propriedade José Rogério Cruz e Tucci²⁰ ao indicar que um precedente a ser invocado não só “*aumenta em muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica*”, como também “*essa função nomofilática atende também ao interesse público da unidade da jurisprudência*”, posto que, “*ao assegurar certa estabilidade, a observância do precedente, em caso análogo posterior, contribui a um só tempo para a certeza jurídica e para a proteção da credibilidade na tomada da decisão judicial*”.

Vistos os princípios norteadores do efeito vinculante, se impõe tratar de seus limites objetivos e subjetivos.

Quanto aos limites subjetivos, a regra clássica estatuída pelo artigo 472 do Código de Processo Civil é de que a coisa julgada em determinado processo não prejudica ou beneficia terceiros. Esse limite, porém, comporta exceções, sendo o efeito vinculante uma dessas situações de excepcionalidade e que faz com que a decisão extrapole as partes do processo.

A posição a que este trabalho se alinha é de que tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI e ADECON), quanto em controle difuso realizado pelo pleno do STF (como adiante será melhor tratado), os efeitos da decisão devem ser *erga omnes*, e não apenas entre as partes.

Isso porque se a Constituição vista como uma fonte realmente balizadora de condutas (e não meramente programática ou de orientação) a todos obriga e seus efeitos se irradiam a todas as áreas do direito e da sociedade (uma normatividade inata), com igual razão a interpretação da norma constitucional – manifestada por meio da decisão em sede de controle de constitucionalidade – deve ser respeitada e obrigar a todos.

Em relação aos limites objetivos, a teoria tradicional do processo constitucional leva ao enunciado de que apenas o dispositivo da decisão proferida pelo Poder Judiciário possui

Juris, 2005. p. XX

²⁰ TUCCI, José Rogerio Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2007. p. 17.

efeitos *erga omnes*, possuindo a decisão força de lei, tal qual dispõe o artigo 468 do Código de Processo Civil.

Todavia, entende-se como necessário um avanço em relação a tal visão, vez que no atual estágio de massificação de demandas, a satisfatória resposta aos jurisdicionados (incluindo a previsibilidade atinente à segurança jurídica) perpassa não apenas pelo dispositivo das decisões. Assim, a inovação que se propõe é justamente em relação à abrangência desses limites objetivos, vez que se parece plenamente factível que também a fundamentação da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade seja vinculante aos demais órgãos e poderes. Nesse sentido é a coerente manifestação de Roger Stiefelmann Leal:

Em alguns países europeus, não afeitos propriamente à prática construtivista do *stare decisis*, percebeu-se a necessidade de reforçar a eficácia das decisões prolatadas no âmbito da jurisdição constitucional, de modo que os demais poderes do Estado, inclusive os tribunais e a administração pública, estivessem vinculados não só à parte dispositiva da sentença, mas também aos motivos, princípios e interpretações que lhe serviram de fundamento (...). A imposição da *ratio decidendi* que presidiu a decisão aos demais poderes teria como efeito normativo necessário a proibição do uso do expediente da reiteração do comportamento julgado inconstitucional, bem como a obrigação de eliminar os demais atos que encerram o mesmo vício apontado.²¹

Trata-se de uma necessária revisão do disposto no artigo 469, inciso I, do Código de Processo Civil que, como visto, foi pensado e posto em vigor ao tempo em que a sociedade era substancialmente diferente em relação ao volume e características de massificação das demandas.

Daí falar-se num *efeito transcendente* dos motivos expostos nas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade para que, além da própria demanda em questão, constituam também elemento de vinculação para demandas outras que versem sobre questões jurídicas idênticas.

²¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 113.

Essa expansão dos fundamentos da decisão em sede de controle de constitucionalidade se mostra, em verdade, absolutamente salutar para o alcance da tão almejada segurança jurídica e encontra esteio também ao se observar a finalidade precípua dos tribunais superiores (de uniformização de entendimento), como de certa forma aponta João Luís Fischer Dias:

Os tribunais superiores, no mais das vezes, produzem precedentes paradigmáticos. Vale como precedente não o comando final da sentença ou do acórdão, mas sim a resposta lógica-racional acerca do quadro fático-jurídico subjacente ao caso concreto. Em outras palavras, o que vincula é a fundamentação exarada na decisão que tenha abordado, com consciência, uma questão jurídica posta.²²

É também importante notar que não são quaisquer motivos que transcendem à esfera da decisão particular para integrar o efeito vinculante, mas tão somente aqueles que compõem o núcleo da fundamentação, a *ratio decidendi*. Como bem aponta Pedro Lenza: “a *ratio decidendi* é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação.”²³

Vale ressaltar que, apesar de ainda não ser matéria pacífica na corte, o Supremo Tribunal Federal em alguns julgados vem adotando a teoria da transcendência, tal como o fez no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.345/DF na qual conferiu “efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917.”

Importante também notar que o efeito vinculante das decisões possui um efeito reflexo (por não ser sua finalidade precípua) que, no cenário contemporâneo, se mostra importante relevância, qual seja a contribuição para a redução do número de recursos sujeitos à apreciação pelos Tribunais. É de notória ciência o completo abarrotamento das cortes superiores em função do invencível número de casos pendentes de apreciação, muitos deles absolutamente idênticos.

²² DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante dos precedentes jurisprudenciais e das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p. 15.

²³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

Exatamente em função disso é que existe uma verdadeira cruzada por parte dos operadores do direito com vistas a encontrar soluções e mecanismos para, ao mesmo tempo, conferir-se soluções adequadas aos casos concretos e promover a redução no número de recursos (da matéria se ocupa amplamente o Projeto de Novo Código de Processo Civil).

Esse efeito indireto está em consonância com o princípio do efetivo acesso à justiça ao permitir que a parte não tenha o reconhecimento de seu direito relegado a décadas de tramitação de uma ação cujas razões de decidir já foram há muito fixadas pelo STF, mas que depende da chancela daquela corte para que possa ter em seu favor uma decisão exequível. Do mesmo modo, o efeito vinculante tal como aqui sustentado acaba por contribuir também para os sempre invocados princípios da segurança jurídica e da celeridade processual.

Há de se dedicar algumas palavras a uma determinada observação dos críticos ao efeito vinculante das decisões, qual seja a de que a vinculação levaria a um cenário de estagnação da interpretação constitucional, vez que a mera “replicação” de precedentes para os casos novos impediria o reexame da matéria e a evolução da justiça constitucional.

Com a devida vênia, não se vislumbra que o efeito vinculante leve ao congelamento da justiça, tendo em vista que o direito constitucional, dada sua inevitável aproximação com a política, é sempre matéria viva e sujeita às mutações sociais, econômicas e políticas, bem como a releituras dos provimentos anteriores em função da modificação dos integrantes da corte constitucional.

Assim, o engessamento da hermenêutica constitucional é obstado pela inexistência de vinculação do próprio Supremo Tribunal Federal aos precedentes (a vinculação é dos demais órgãos judiciários) e também pela possibilidade de revisão diante do evidente clamor social, da mudança da legislação, de manifestações em tal sentido por outros órgãos do judiciário, tal como já ocorre em relação aos instrumentos de revisão da súmula vinculante e à semelhança do que ocorre nos sistemas que adotam a regra do *stare decisis*.

Por todas essas razões tem-se como verdadeiramente salutar o efeito vinculante das decisões em sede de controle de constitucionalidade, o que se investigará a seguir é se esse efeito vinculativo se aplica apenas às decisões pela via concentrada ou também na via difusa.

CAPÍTULO 4 – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.

No tocante ao controle concentrado de constitucionalidade não existe dúvida de que o provimento que dele emana possui caráter vinculante, como se tratou até o presente momento. A respeito da matéria, assim se manifesta Manoel Gonçalves Ferreira Filho: *sem eficácia erga omnes e sem esse efeito vinculante, a ação não alcançaria o fim colimado*”²⁴.

Todavia, grande polêmica ainda há em relação à atribuição de efeito vinculante também às decisões (ou melhor, aos seus fundamentos determinantes) proferidas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, isto é, quando a constitucionalidade de determinada norma é decidida de forma incidental.

Noutros termos, a questão que se pretende aqui responder é se o controle concreto de constitucionalidade pode ser “abstrativizado” (tornado abstrato) e invocado de forma vinculante a casos diversos.

A doutrina clássica rechaça a possibilidade por entender que essa abstrativização feriria o direito de acesso à justiça, o preceito fundamental da separação dos poderes e também o princípio da relatividade das decisões (art. 472 do CPC).

Sérgio Sérvulo da Cunha, por exemplo, entende que a ampliação do efeito vinculante equivaleria à afronta aos dispositivos dos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal:

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 206.

Atribuir eficácia *erga omnes* a essa decisão equivaleria a apagar da Constituição a garantia inscrita em seu art. 5º, incs. LIV, LV e XXXV. Isto é impossível sem ruptura da lei magna. A decisão proferida em recurso extraordinário, dessarte, passaria a ter dupla eficácia: a primeira, sua eficácia própria e original de, modificando a sentença, alcançar a esfera de direitos das partes, conforme a lei de regência; a segunda, a eficácia extraprocessual geral, superposta à primeira.

Consequência de emenda constitucional que conferisse eficácia *erga omnes* a decisões do Supremo no julgamento de recurso extraordinário seria a derrogação tácita do inc. X do art. 52 da Constituição.²⁵

Por outra linha argumentativa, Antonio Carlos Diniz assevera que o provimento emanado no Supremo Tribunal Federal em controle difuso capaz de retirar do ordenamento a norma inconstitucional invadiria a competência afeita ao Poder Legislativo e vulneraria a tripartição de poderes:

Conflita com o princípio da separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, inc. III), cláusula pétrea constitucional, na medida em que os Tribunais não podem editar regras gerais e abstratas, com validade universal, e poder prescritivo próprio das normas abstratas, uma vez que lhes cabe precipuamente o papel de decidir a lei aplicável à espécie. Ao interpretar a lei com caráter geral e vinculativo os Tribunais estariam se imiscuindo na área de competência constitucional do Poder Legislativo, convertendo-se em autênticos legisladores anômalos, posto que, na prática, a vontade do intérprete teria eficácia de lei;²⁶

Com a devida vênia, os argumentos não merecem acolhimento, pelas mesmas razões acima expostas quando se tratou do efeito vinculante das decisões em controle de constitucionalidade no capítulo anterior.

Parece equivocada a impressão de que o fenômeno da abstrativização mitigaria o acesso à justiça ou a inafastabilidade da jurisdição, isso porque não haveria qualquer óbice para que a

²⁵ CUNHA, Sergio Servulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99-100.

²⁶ DINIZ, Antonio Carlos de A. *Efeito vinculante e suas consequências para o ordenamento jurídico*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/252/efeito-vinculante-e-suas-consequencias-para-o-ordenamento-juridico>>. Acesso em 22/12/2013.

parte cujo direito entenda vulnerado venha a buscar guarida junto ao Poder Judiciário, o que haverá em verdade é apenas a limitação do grau de cognição das instâncias inferiores em relação à matéria constitucional, que hão de aplicar o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal (à semelhança do que já ocorre, por exemplo, em ADI julgada procedente para aplicação de interpretação conforme, sem redução de texto).

Por óbvio, caso o magistrado ordinário (juiz natural da causa) entenda não ser o caso de aplicação do precedente ou que há razões suficientes a provocar o Supremo à revisão da decisão, poderá deixar de aplicar o preceito abstrato ou, se o caso, instaurar o adequado procedimento para revisão da interpretação, tal como já ocorre em relação à súmula vinculante.

De outra parte, no tocante à pretensa vulneração à separação de poderes melhor sorte não há à resistência voltada contra a abstrativização. Com efeito, se ao Supremo Tribunal Federal cabe pelo texto da própria Carta Magna, a sua guarda, é evidente que a norma fundante também lhe atribui a competência de extirpar do ordenamento as leis e normas que sejam contrárias à Carta Política. Mais do que isso, se o Supremo pode fazê-lo quando provocado por meio de ADI ou ADECON, porque não poderia fazê-lo em sede de recurso extraordinário? No entender ora esposado, se mostra claro que em ambos os casos o exame de constitucionalidade deve ter seus efeitos estendidos a casos outros.

Cogita-se também ser incabível a abstrativização em função do disposto no artigo 472 do Código de Processo Civil que trata dos limites subjetivos da coisa julgada apenas às partes demandantes. Uma vez mais se pede vênias para refutar o argumento pelo fato de que normas constitucionais (como as que tratam do controle de constitucionalidade e seus efeitos) não podem ser interpretadas a partir de normas infraconstitucionais.

O caminho a ser trilhado é exatamente o oposto, de maneira que a limitação contida na lei processual é que deve se mitigada, admitindo-se em casos excepcionalíssimos como o ora tratado (de reconhecimento de inconstitucionalidade) a extensão de efeitos para além das partes do processo, a fim de que seja assegurada a supremacia da constituição.

Afastados, assim, os argumentos iniciais contrários à abstrativização do controle concreto de

constitucionalidade, passa-se a discorrer sobre os fundamentos que se entende como hábeis à admissão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

A primeira das razões para a admissão da extensão dos efeitos do exame de constitucionalidade em concreto para outros casos, inclusive encampando-se a teoria da transcendência da *ratio decidendi*, reside no fenômeno da aproximação entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, com a valorização cada vez maior dos precedentes como forma encontrada pelo Judiciário na tentativa conferir respostas mais adequadas à sociedade contemporânea. Sobre a matéria confira-se a manifestação de Eduardo de Albuquerque Parente²⁷:

(...) existe um movimento de aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos, que já possuem alguns pontos de encontro sobre determinados assuntos, a começar pelas decisões judiciais. (...) ...as influências transpostas entre *common* e *civil law* mostram que a realidade é de desconstrução de paradigmas. Não se busca confusão ou incerteza, mas, pelo contrário, aperfeiçoar ambos os sistemas às necessidades atuais. O que deverá ocorrer é que o fenômeno leve a um terceiro caminho em alguns países. No Brasil, as influências do mecanismo de precedentes têm sido enormes e possuem a excelente justificativa de buscar mais previsibilidade na aplicação do direito.

É o que João Carlos Navarro de Almeida Prado atribui o nome de “*sincretismo no controle de constitucionalidade*” que seria consequência de uma “*influência da realidade concreta no controle abstrato e da abstrativização do controle concreto.*”²⁸

O segundo motivo em prol da abstrativização do controle difuso é a chamada vocação expansiva das decisões proferidas em controle concreto (que, a princípio, seriam *inter pars*) sobre a constitucionalidade de determinada norma, essa vocação se traduz na consequência natural de que essa análise de constitucionalidade pelo órgão competente venha a se repetir

²⁷ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 17-19

²⁸ PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. *Sincretismo no controle de constitucionalidade*. Parte II: abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. In: Revista Jurídica Consulex. a. XI, n. 242. p. 62-64.

em casos outros, sob pena de haver inegável contradição na postura do órgão julgante. É o que ensina Teori Zavascki ao afirmar que “*as decisões a respeito da legitimidade das normas têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto.*”²⁹

Grande exemplo dessa vocação expansiva é de que a existência de uma declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concreto pelo STF legitimaria o ajuizamento de ação rescisória em face de decisão em sentido contrário.

Outro fundamento pela admissibilidade da abstrativização é de ordem lógica e se funda no princípio da reserva de plenário estatuída no artigo 97 da Constituição Federal.

Com efeito, a declaração da inconstitucionalidade de determinada norma federal, sendo indiferente o modo de controle (concreto ou abstrato) apenas pode ser proferida pela maioria do STF, sendo a matéria reservada ao plenário da Excelsa Corte.

Dessa forma, visto que em ambos os casos é imprescindível o mesmo quórum e o mesmo número de votos para o exame da constitucionalidade de determinada norma pelo STF, não se afigura razoável (dentro da perspectiva do neoconstitucionalismo e da supremacia da constituição) que a extensão dos efeitos das decisões dependa exclusivamente do procedimento a partir do qual o órgão supremo chegou à conclusão a respeito constitucionalidade.

Com a devida vênia, o que deve prevalecer é a manifestação do Supremo Tribunal Federal que, pela mesma quantidade de votos necessários ao exercício do controle abstrato, chega à constatação pela conformação ou não conformação da norma em face da Constituição.

Pela teoria aqui abraçada, é a qualificação do julgamento em matéria de constitucionalidade (pelo plenário do STF e em número de votos suficientes à decisão em igual sentido também em controle concentrado) que legitima o efeito vinculante da decisão em demais casos idênticos.

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001. p. 26.

Basta, nesse passo, que o exame da norma tenha se dado de forma objetiva (examinada sua compatibilidade ou incompatibilidade com a Constituição Federal) para que o resultado desse pronunciamento jurisdicional seja passível de extensão (abstrativização).

A corroborar o quanto exposto, ainda que em nível infraconstitucional, a dicção do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil³⁰ também leva à constatação de que, em havendo decisão do plenário do STF acerca da constitucionalidade de determinada norma, é vedada a submissão da questão ao pleno ou órgão especial dos tribunais (TJs, TRFs, TRTs, TRMs).

Note-se que o dispositivo da lei processual não ressalva sua aplicação às hipóteses de controle concentrado pelo STF, bastando a manifestação do plenário, o que, como visto, pode se dar também no âmbito do controle difuso.

Nesses casos evidencia-se que o próprio ordenamento atribui efeitos abstratos à decisão do pleno do STF, ainda que em controle difuso, admitindo-se a abstrativização preconizada.

Também o § 3º do artigo 102 da Constituição Federal confirma a vocação expansiva acima tratada e a viabilidade da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ao estabelecer como requisito do recurso extraordinário a *repercussão geral*.

Certamente, a *mens legis* da norma instituidora da repercussão geral é a de que uma decisão proferida pelo plenário do STF (notadamente em matéria constitucional) deva repercutir nos demais casos idênticos. Noutras palavras, a decisão sobre a constitucionalidade emanada do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário deve ser replicada, sendo aplicada de modo uniforme e abstrato em relação a todos os casos que a ela se submetam de forma geral.

A exigência da repercussão geral, aliás, representa por si só um contra argumento àqueles que entendem pela manutenção da tese da relatividade das decisões no controle concreto. Se a exigência é de repercussão geral da matéria constitucional, tal requisito apenas tem sentido se

³⁰ Art. 481. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do

nos litígios relativos à mesma matéria seria aplicada a mesma decisão, o que não é outra coisa senão abstrativizar o julgamento proferido pela via difusa.

Tornando ainda mais robusta a defesa da viabilidade da abstrativização do controle difuso é o seguinte precedente do próprio Supremo Tribunal Federal no qual foi efetivamente aplicada a teoria da transcendência e a declaração sobre a (in)constitucionalidade realizada na via difusa foi transporta para a via concentrada, restando abstrativizada.

Trata-se do julgamento ao recurso extraordinário nº. 197.917 sobre o número de vereadores do Município de Mira Estrela e que, apesar de proferido em controle difuso, ensejou a edição da Resolução nº. 21.702/04 pelo Tribunal Superior Eleitoral na mesma linha da decisão oriunda do controle concreto.

Sob o argumento de impossibilidade de extensão dos efeitos do recurso extraordinário, foi ajuizada a ADIs 3.345, a qual foi julgada improcedente exatamente por se admitir a validade e legitimação da adoção pelo TSE do entendimento manifestado no controle concreto pelo pleno do STF de modo a ser o controle concreto tornado “abstrato”, como se infere no seguinte trecho do voto do Min. Celso de Mello:

Ao assim proceder, o Tribunal Superior Eleitoral, atuando em sua condição de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral (...) objetivou dissipar dúvidas (...) a propósito de controvérsia que esta Suprema Corte acabara de resolver em julgamento plenário no qual o Supremo exerceu a prerrogativa extraordinária que lhe atribui, em sede de interpretação constitucional, o monopólio da última palavra.

Na realidade, o Tribunal Superior Eleitoral, expondo-se à eficácia irradiante dos motivos determinantes que fundamentaram o mencionado julgamento plenário do RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, submeteu-se, na elaboração do ato ora questionado, ao princípio da força normativa da Constituição, que representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional.

(...)

Torna-se relevante salientar, na linha do que destacou o eminente Ministro GILMAR MENDES, que esta Suprema Corte deu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917/SP.

Esse aspecto assume relevo indiscutível, pois permite examinar a presente controvérsia constitucional em face do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no julgamento plenário do RE 197.917/SP,

Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, especialmente em decorrência das intervenções dos eminentes Ministros NELSON JOBIM, GILMAR MENDES e SEPÚLVEDA PERTENCE.

Cabe referir, em particular, neste ponto, a intervenção do eminente Ministro GILMAR MENDES, que ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria “ratio decidendi” que motivou o julgamento do precedente mencionado.

Essa visão do fenômeno da transcendência – que esta Corte admitiu na decisão proferida na Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – reflete a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes (“ratio decidendi”) do julgado declaratório de inconstitucionalidade emanado do Supremo Tribunal Federal...”

Denota-se, portanto, que a decisão em sede difusa acabou sendo inegavelmente abstrativizada.

Por fim, um último argumento, e talvez o mais forte de todos, confirma a tese adotada neste trabalho, qual seja a conjugação dos princípios da supremacia da constituição, da isonomia e da segurança jurídica reclama a atribuição de efeitos abstratos à declaração incidental de (in)constitucionalidade.

Isso porque a força normativa da Constituição (em sua supremacia) obriga o tribunal constitucional a se debruçar sobre as demais normas e, via de regra, proceder a um exame abstrato de sua conformidade em relação à Lei Maior, chegando a uma conclusão também no plano abstrato.

Assim, se a conclusão se dá no plano abstrato, é evidente que a norma não pode ser constitucional para alguns e inconstitucional para outros, desde que se trate de situações idênticas, sob pena de quebra da isonomia petreamente garantida.

Por conseguinte, a decisão há de se espalhar para além das partes envolvidas naquele caso específico, sendo previsível e esperada (em nome da segurança jurídica) a adoção da mesma solução nos demais casos iguais.

Forte em tais razões, entende-se que o sistema jurídico brasileiro admite, ainda que não de forma expressa, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade aqui referida.

CONCLUSÃO.

Consoante se observou neste trabalho, a sociedade pós-moderna reclama cada vez mais a efetivação do princípio do acesso à justiça, situação que encontra óbice na incapacidade de o Judiciário responder adequadamente ao número sempre crescente de demandas, muitas delas relativas a situações idênticas.

Também restou devidamente demonstrado que, no Estado Democrático de Direito e como evolução do constitucionalismo, vige o princípio da supremacia da constituição, sendo que a Carta Magna se mostra muito além de um elemento meramente programático, possui força normativa e vinculante a todo o sistema jurídico e social.

Em virtude disso e da própria dinâmica da sociedade contemporânea, se mostra imperiosa a existência de mecanismos cada vez mais sofisticados e efetivamente capazes de fazer com que todas as normas infraconstitucionais e os atos de governo estejam em plena consonância com a constituição federal, o que se dá por meio do controle de constitucionalidade. Em relação a normas federais e na via concentrada, tal controle é exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal a quem cabe a guarda e a última palavra na interpretação do texto constitucional.

Pois bem, analisadas as diversas formas de controle de constitucionalidade, seja pela via difusa ou concentrada, comprovou-se que a manifestação que emana do Pretório Excelso possui e realmente deve possuir efeitos vinculantes a todos os integrantes do Judiciário e da Administração, sem que tal vinculação implique em qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes ou de outros preceitos constitucionais e legais.

Pelo contrário, pontuou-se que o efeito vinculante da declaração de (in)constitucionalidade sem sede de controle concentrado representa verdadeira manifestação de observância dos princípios da supremacia da constituição, igualdade e segurança jurídica, além do exercício regular da tarefa de guarda constitucionalmente outorgada ao Supremo Tribunal Federal.

Nessa quadra e em homenagem aos indigitados princípios, apontou-se como plenamente válida e salutar a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida pelo STF em sede de controle de constitucionalidade para outras demandas idênticas, exercendo sobre estas caráter também vinculante para a manutenção da harmonia e coerência sistêmica imprescindível em matéria de averiguação de constitucionalidade de leis e atos de governo.

Diante disso e tendo em vista que cada vez mais os sistemas de controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade se aproximam, bem como o fato de que o Supremo Tribunal Federal ao examinar a constitucionalidade de determinada norma sempre o deve fazer de forma geral (com nítida vocação expansiva), reputou-se como perfeitamente cabível e adequada às necessidades jurisdicionais contemporâneas a atribuição de efeitos abstratos às decisões proferidas em litígios inicialmente submetidos ao exame concreto.

Mostrou-se que se o Supremo Tribunal Federal declara, mesmo que de forma incidental (controle difuso), a inconstitucionalidade de determinada norma e tal norma índice de forma geral e abstrata, e que tal declaração necessita ter seus efeitos transpostos a outros casos idênticos, sendo abstrativizada.

Ressaltou-se, ademais, que é logicamente inviável (ou ao menos deve ser evitado) que para alguns (partes do processo sujeitas ao controle difuso) a norma tenha uma interpretação e, ao mesmo tempo, seja interpretada de modo diferenciado em relação aos demais terceiros não integrantes do feito, mormente pelo fato de que o exame da conformidade da norma à constituição sempre deve se dar a partir de uma apreciação objetiva (abstrata) da norma posta em xeque.

Destarte, a abstrativização do controle na esfera difusa representa e corporifica a implementação prática dos preceitos da supremacia da constituição, da isonomia e da

segurança jurídica, mostrando-se salutar que, independentemente da via pela qual realizado o controle, a decisão sobre a constitucionalidade tenha seus efeitos radiados a todos os jurisdicionados, sendo deveras mais importante o resultado do exame de constitucionalidade (declaração pelo plenário do Supremo) do que o caminho trilhado até o advento do pronunciamento (via difusa ou concentrada).

Restou também esclarecido que a pretendida abstrativização também não ensejará um congelamento da justiça constitucional, haja vista serem a ela aplicáveis os mesmos mecanismos já existentes para a promoção da revisão de súmulas vinculantes, por exemplo, ou para o afastamento de precedentes vinculantes por inaplicabilidade aos casos concretos.

A partir de tais premissas e dos demais argumentos delineados no corpo do estudo, conclui-se ser adequada ao ordenamento jurídico brasileiro a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade que, em análise última, representa um avanço na incessante busca pela evolução dos mecanismos destinados a fazer prevalecer e tornar aplicável a Constituição Federal enquanto norma fundante de todo o sistema e norteadora de todas as demais normas e condutas.

REFERÊNCIAS.

ARAÚJO, Luís Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> acesso em 22/12/2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Consultado em 22 de dez. 2013.

BULOS. Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1996.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante dos precedentes jurisprudenciais e das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2005. T. VI.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. *Sincretismo no controle de constitucionalidade*. Parte II: abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. In: *Revista Jurídica Consulex*. a. XI, n. 242.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. 2ª Tiragem, 2003.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, José Rogerio Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO**

DANIEL LUCIO DA SILVA PORTO

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

São Paulo

2013

DANIEL LUCIO DA SILVA PORTO

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Profa. Vera Lucia de Oliveira Rocha

São Paulo

2013

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a possibilidade de se conferir efeitos abstratos a decisões proferidas por meio do sistema difuso do controle de constitucionalidade. Inicialmente será abordado o atual estágio do constitucionalismo e a função do tribunal constitucional no Brasil. Depois disso, serão examinados os meios clássicos de controle de constitucionalidade e sua ineficiência para a solução dos conflitos em massa. Será então estudada a viabilidade de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso ter seus efeitos estendidos a outros casos com partes distintas.

Palavras-chave: Direito processual constitucional. Controle de constitucionalidade. Controle difuso. Controle concentrado. Abstrativização do controle difuso.

ABSTRACT

The objective of the present study is to proceed the analysis the possibility of conferring abstract effects to judgments delivered by the diffuse system of constitutionality control. Initially will be studied the current stage of constitutionalism and the role of the constitutional court in Brazil. After that, will be examined the traditional means to control constitutionality and your inefficiency for the solution of conflicts in mass. Will then studied the feasibility of a decision by the Federal Supreme Court in diffuse control to have their effects extended to other cases with different parties.

Keywords: Constitutional process law. Constitutionality control. Diffuse control. Concentrated control. Abstrativization of diffuse control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – NEOCONSTITUCIONALISMO E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	8
CAPÍTULO 2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	12
CAPÍTULO 3 – O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	20
CAPÍTULO 4 – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.	26
CONCLUSÃO.....	34
REFERÊNCIAS.	37

INTRODUÇÃO.

O presente trabalho objetiva investigar a possibilidade de serem conferidos efeitos abstratos e vinculantes a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em processos originalmente submetidos ao sistema difuso de controle de constitucionalidade.

A temática está inserida contexto da cada vez mais importante investigação do papel social do direito e do Poder Judiciário na sociedade contemporânea como meios de efetiva pacificação social a qual, nos dizeres de Cândido Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, é “*o escopo magno da jurisdição*”¹.

É impossível deixar de considerar que, ao mesmo tempo em que a sociedade contemporânea promoveu significativo aumento das relações interpessoais, diretamente proporcional é o aumento das relações jurídicas e da litigiosidade que as envolve, de modo a desaguar num número cada vez maior de demandas nas quais o Estado-Juiz é invocado a intervir.

Outra nota distintiva é a de que, em função da garantia constitucional e da ampliação dos meios de acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário (primeira onda de acesso à justiça) existe uma inescandível massificação de demandas, nas quais situações praticamente idênticas se replicam e levam ao abarrotamento dos tribunais em ações que, embora relativas a direitos individuais, poderiam ser decididas de forma uniforme.

Essa massificação de litígios na sociedade pós-moderna é inevitável e qualquer tentativa de refrear a instauração de novas ações representaria um retrocesso a todos os avanços obtidos

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 12ª. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1996.

durante décadas para o efetivo acesso à justiça.

Ao mesmo tempo, os sistemas atualmente disponíveis de controle de constitucionalidade e de legalidade das decisões se mostram claramente ineficientes e incapazes de proporcionar ao jurisdicionado a célere e adequada resolução a seu caso concreto.

Exatamente por isso, a teoria da abstrativização do controle difuso surge, no plano constitucional, como uma interessante ferramenta para o equacionamento da massificação de demandas e da necessidade de o Poder Judiciário oferecer prestação jurisdicional de qualidade. Serão exatamente os contornos de tal teoria e sua validade no sistema jurídico brasileiro que constituirão o objeto de estudo deste trabalho.

CAPÍTULO 1 – NEOCONSTITUCIONALISMO E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.

Antes de se adentrar ao mérito deste trabalho - a análise da teoria da transcendência, mostra-se importante abordar brevemente o atual estágio da doutrina constitucional e a sempre viva necessidade de resguardar-se a supremacia da constituição.

É sabido que o direito não é e não pode ser observado de forma estática, sob pena de perder sua função precípua de efetivamente disciplinar e solucionar as relações e conflitos interpessoais. Essa dinamicidade deve estar presente em todos os ramos do direito, aplicando-se sem dúvida alguma ao direito processual e, de forma ainda mais específica, ao direito processual constitucional (objeto deste estudo).

Ao longo do tempo, o próprio constitucionalismo evoluiu e tem procurado evoluir no intuito de acompanhar as mutações da sociedade contemporânea. Procura-se superar o estágio meramente formalista do positivismo, nos quais expressões como igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, entre outras, eram consideradas apenas símbolos e direitos declarados e não efetivados.

Por meio do neoconstitucionalismo, que nos dizeres de Luís Roberto Barroso “*identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito constitucional.*”², o que se busca é fazer com que tais expressões passem a ganhar corpo e cada vez maior relevo, sendo postas em prática para que sejam capazes de ofertar uma resposta efetiva do direito às

² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> acesso em 22/12/2013.

necessidades cada vez maiores da sociedade pós-moderna.

Note-se que o neoconstitucionalismo não tem a característica revolucionária ou de ruptura com o constitucionalismo tradicional, como o nome poderia sugerir. Não é um novo constitucionalismo, mas sim o reexame e reinterpretação de conceitos e da forma de sua efetivação em consonância com a evolução social e do direito já ocorrida e que se renova a cada dia.

Não se pode também falar em neoconstitucionalismo ou em teoria da transcendência sem tratar-se da supremacia da constituição.

Sem sombra de dúvidas, já na óptica do constitucionalismo moderno, a constituição é tratada como sendo um instrumento com poder normativo e vinculante ao qual a todo o restante do ordenamento jurídico deve se conformar. A constituição é a matriz do sistema jurídico, o elemento positivo fundante que, alicerça e confere legitimidade a todas as demais normas destinadas à ordenação da vida social.

Essa normatividade e vinculação de que é dotada a constituição, vale dizer, não está adstrita às normas de regulação de conduta ou às prescrições relativas à organização e limitação do poder estatal expressos no texto constitucional.

Muito além disso, os princípios encampados pela constituição possuem os mesmos atributos de normatividade e vinculação, razão pela qual não podem as normas de caráter principiológico ser tidas como uma orientação do constituinte à sociedade, como ensina Walter Claudius Rothenburg: “O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de se os caracterizar como meras sugestões ou diretivas”³

Nesse mesmo sentido leciona José Afonso da Silva quando afirma:

A Constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas

³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. 2ª Tiragem, 2003. p. 81.

(escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.⁴

Destarte, nos sistemas em que se adota o estado democrático de direito, é indisputável a vigência do princípio da supremacia da constituição sobre todas as demais normas e também sobre os atos a serem praticados em todos os âmbitos dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Quando se está diante de uma constituição analítica e dirigista como é o caso da Constituição Federal de 1988, a questão da supremacia da constituição se espraia para todos os ramos do direito, vez que o primado da constituição não se aplica apenas às normas consideradas materialmente constitucionais, cujo conteúdo identifica-se “*com a forma e a estrutura do Estado, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos Poderes, o modelo econômico e os direitos e deveres e garantias fundamentais.*”⁵. Possui aplicabilidade também em relação às normas formalmente constitucionais, aquelas inseridas no texto constitucional tendo ou não conteúdo constitucional (normas relativas à economia, direitos sociais, proteção da família, por exemplo).

Também o grau de rigidez do texto constitucional é característica marcante para a determinação da supremacia da constituição em relação a outras espécies normativas. Em constituições flexíveis nas quais o poder legislativo ordinário possui liberdade plena para alterações nas normas constitucionais, a primazia da constituição acaba por ser mitigada, vez que basta a manifestação em *lege ferenda* para que o texto da constituição seja alterado e a eventual inconstitucionalidade seja contornada ao alvedrio do poder legislativo da época considerada.

Dito de outra forma, a rigidez da constituição e sua supremacia são imprescindíveis para que seja ela entendida “*no vértice do sistema jurídico do país, a que se confere validade, e que*

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39.

⁵ ARAÚJO, Luís Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 5.

*todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.”*⁶

A fim de que a supremacia da constituição seja efetivamente observada, é imprescindível que sejam também instituídos mecanismos por meio dos quais os entes aos quais a própria constituição atribui competência sejam capazes de corrigir normas ou situações de inconformidade com o texto magno.

No sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade é exercido por todos os poderes estatais, Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Legislativo realiza o exame prévio da constitucionalidade das propostas normativas, antes mesmo que estas venham a ser incorporadas ao ordenamento positivo.

O chefe do Executivo também age de forma preventiva, ao ver a si submetida determinada norma para sanção. Em vislumbrando a inadequação da norma ao texto da constituição, pode exarar o veto total ou parcial a fim de também impedir que a lei (em sentido lato) inconstitucional venha a adentrar no ordenamento.

O Judiciário, diferentemente dos demais poderes exerce, em regra, o controle repressivo, vez que apenas se ocupa de normas positivadas e que tenham superado tanto o crivo do Legislativo quanto do Executivo.

É precipuamente em relação ao controle de constitucionalidade (em verdade da convergência das formas de controle) exercido pelo Poder Judiciário que o presente trabalho efetivamente se ocupa. Nos capítulos subsequentes, tratar-se-á de forma mais acurada desses mecanismos de controle de constitucionalidade, enquanto parte integrante do chamado direito processual constitucional.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47.

CAPÍTULO 2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Conforme ressaltado, a efetivação da supremacia da constituição tem como exigência lógica a impossibilidade de existência ou permanência no ordenamento de prescrições que estejam em descompasso com as normas constitucionais.

Assim, quando se trata de controle de constitucionalidade as primeiras ideias a serem tratadas são as de constitucionalidade e inconstitucionalidade, podem ser entendidas de forma ampla como a conformação ou não de determinado ato ou fato à Constituição.

Evidentemente, não apenas as normas podem estar eivadas de inconstitucionalidade, mas também atos administrativos (quando num procedimento fiscal é violado o princípio da ampla defesa), políticas públicas (quando uma prefeitura aplica noutras áreas verbas orçamentárias destinadas à educação e saúde), ações de particulares (quando determinada associação tenta compelir alguém a manter-se associado), além de um sem número de outras situações. Por isso, há plena concordância com a manifestação do Min. Teori Zavascki de que:

Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou por omissões a ela contrários (...) É equivocada, destarte, a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da norma com a Constituição (...)⁷

No entanto, por questões metodológicas o principal ato a ser objeto de investigação neste trabalho será a norma, a lei em sentido amplo e não os demais atos comissivos ou omissivos

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001. p. 13.

passíveis de inconstitucionalidade.

Pois bem, ainda para fins metodológicos, mostra-se válido tratar das várias espécies de inconstitucionalidade, que são assim classificadas pela doutrina majoritária:

Inconstitucionalidade formal e material. Formal é a inadequação da norma ao texto da constituição em relação ao procedimento estabelecido para a edição válida da lei, o vício é procedimental. Material, por sua vez, é inconstitucionalidade que decorre da incompatibilidade do conteúdo da lei em relação às prescrições do texto constitucional, aqui embora o procedimento esteja correto, é o conteúdo que não se coaduna à norma suprema.

A inconstitucionalidade também pode ser total ou parcial. Total quando a integralidade do ato normativo está em desconformidade com o texto constitucional e seja impossível sua aplicação sem violação à lei maior. Entretanto, quando for possível o aproveitamento de parte da norma editada sem violação ao texto da constituição, a inconstitucionalidade será apenas parcial.

A inconstitucionalidade pode se dar por ação, quando é efetivamente emanado ato ou norma em infringência à constituição; ou por omissão, quando a conduta contrária à constituição decorre exatamente da inércia do ente competente quanto à edição da lei ou do ato destinado à realização do mandamento constitucional.

Por inconstitucionalidade originária entende-se aquela verificada quando a norma tida por inconstitucional é mais recente do que o texto constitucional em vigor. Noutro sentido é superveniente a inconstitucionalidade quando se está a tratar da norma inserida no ordenamento anterior à vigência de determinado texto constitucional: é pela nova constituição que a norma que, até então era válida, se torna inconstitucional.

A inconstitucionalidade pode, ainda, ser direta ou indireta. A primeira quando a desconformidade da norma se dá em relação ao próprio texto constitucional, sem a interposição de quaisquer outras espécies normativas entre o ato tido por inválido e a lei maior. Indireta é a inconstitucionalidade verificada quando existem normas constitucional e infraconstitucional com mesmo conteúdo e a violação se dá, antes, em relação à norma infraconstitucional do que em relação à própria constituição. Essa inconstitucionalidade

reflexa é amplamente utilizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal como mecanismo para a averiguação dos pressupostos de admissibilidade de recursos extraordinários, porquanto a Excelsa Corte não admite o trânsito de tais recursos por violação indireta à lei maior. Na mesma linha é a opinião de André Ramos Tavares para quem: “*a inconstitucionalidade indireta é apenas ‘mera ilegalidade de normas ou incompatibilidade internormativa de nível infraconstitucional’*”.⁸

Fixados esses conceitos, passa-se a tratar dos mecanismos destinados ao controle da constitucionalidade o que se fará, num primeiro momento, também a partir de classificações quanto à natureza, momento, órgão e forma de exercício do controle.

Quanto à natureza o controle de constitucionalidade classifica-se em político e judicial. Político quando o exame cabe a órgão cuja natureza seja predominantemente, ainda que não exclusivamente, política (v. g. Congresso Nacional). Judicial quando o enfrentamento da questão cabe a um ou mais órgãos vinculados à estrutura do Poder Judiciário.

Em relação ao momento, pode ser o controle preventivo, quando realizado antes mesmo do ingresso da norma no ordenamento. Nos dizeres de Jorge Miranda, tal controle se dá “*antes de concluído o procedimento de formação ou antes do momento de consumação da obrigatoriedade do acto.*”⁹ Ainda valendo-se da doutrina portuguesa, Canotilho assim se refere ao controle repressivo: “*o exame de fiscalização, faz-se, assim, num momento sucessivo ao ‘aperfeiçoamento’ do acto normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor.*”¹⁰

De maior relevo para os fins deste estudo é classificação quanto ao órgão competente, discernindo-se entre controle difuso, aquele no qual a inconstitucionalidade é passível de declaração por todo e qualquer juiz nos processos em que sua atuação é exigida.

⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 207.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2005. T. VI. p. 53.

¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 902.

Concentrado, por seu turno, é o controle incumbido a apenas um determinado órgão a quem cabe, por meio de determinados mecanismos processuais (ações) o julgamento a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei.

De igual ou ainda maior importância é a diferenciação do controle concreto/incidental do controle abstrato/principal.

Denomina-se concreto ou de defesa o controle de constitucionalidade de determinada norma exercido de forma incidental num caso específico submetido ao judiciário para a solução de um litígio. Jorge Miranda chega a afirmar que a questão constitucional é simplesmente de fundo, vez que a ação *“converge para outro resultado que não a garantia da Constituição; e nele a inconstitucionalidade é questão prejudicial”*¹¹

Principal ou abstrato é o controle existente quando o único objeto da ação judicial é a própria análise da constitucionalidade de determinada norma, análise que se dá de forma independente e sem qualquer associação a qualquer litígio interpessoal específico. Conforme leciona Alexandre de Moraes:

procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.¹²

Via de regra, embora haja exceções, no direito brasileiro, o controle abstrato se dá pela via concentrada e o controle incidental pela via difusa. O que se almeja tratar e comprovar no decorrer do trabalho é exatamente a possibilidade de extensão dos efeitos do controle difuso a outras demandas, aproximando-o dos efeitos inerentes ao controle abstrato.

Vislumbradas, portanto, as mais importantes classificações do controle de constitucionalidade, cabe breve menção de que o Brasil conta com um dos mais complexos

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2005. T. VI. p. 55.

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 606.

sistemas de controle de constitucionalidade do mundo, por possuir mecanismos dos mais variados para tal desiderato.

Rememore-se que o Brasil possui tanto o controle político (realizado pelas comissões de constituição, justiça e cidadania dos órgãos Legislativos e também pela prerrogativa de veto pelo chefe do Executivo), exercido em âmbito preventivo; quanto o controle repressivo exercido pelo Judiciário (que efetivamente constitui o objeto deste estudo).

O controle de constitucionalidade (tomando-se aqui apenas a Constituição Federal e não as Estaduais) repressivo concentrado é confiado exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal e se dá por meio das chamadas ações constitucionais: quais sejam a ação direta de constitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade¹³.

Muito embora tais ações não constituam o objeto específico de estudo desta monografia, não se pode perder de mencionar com brevidade algumas das principais características comuns a ambas as ações, porquanto intimamente afeitas à conclusão que se pretende demonstrar adiante.

Referidas ações possuem um rol taxativo de pessoas (físicas ou jurídicas) legitimadas à sua propositura, previsto no artigo 103 da Constituição Federal e que contempla: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Não obstante esse rol taxativo, é necessária a presença da chamada *pertinência temática*, isto é uma relação de conformação entre o objeto da ação e o interesse específico do legitimado, de modo que apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil possuem a

¹³ Muito embora também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seja enquadrada no rol das ações de competência originária do STF com vistas à salvaguarda da constituição, por não se tratar de medida

legitimação plena.

Gilmar Ferreira Mendes mostra-se crítico em relação à exigência da pertinência temática:

Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.

E arremata:

Uma tal restrição ao direito de propositura, além de não se compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas, criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação essa que não encontra respaldo na Constituição.¹⁴

Referidas ações, como visto, merecem receber o adjetivo de ações objetivas, porquanto não estão diretamente relacionadas a quaisquer litígios específicos, sendo destinadas precipuamente à manutenção da higidez do sistema e sua consonância com a Constituição. Por isso Uadi Bulos se manifesta no sentido de que “*A declaratória de constitucionalidade possui a natureza jurídica de um verdadeiro processo objetivo, inserindo-se no sistema de controle abstrato de normas.*”¹⁵

Ajuizada a ação, a questão é submetida à Advocacia Geral da União para apresentação de defesa e a parecer da Procuradoria Geral da República, quando esta não figura como autora da ação. Eventualmente, em casos específicos, admite-se a interveniência do *amicus curiae*.

Ultimadas tais providências, passa-se ao julgamento da ação, o qual deve ser realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em respeito ao artigo 97 da Constituição Federal, que dispõe que “*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do*

destinada especificamente ao controle de constitucionalidade, não será tal ação objeto do presente trabalho.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1110 e 1111.

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.

respectivo órgão especial, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (trata-se do princípio da reserva de plenário que será retomado adiante).

Se a decisão do plenário for de inconstitucionalidade da norma objeto da investigação, tal norma será imediatamente retirada do ordenamento jurídico pelo próprio Supremo Tribunal Federal, caso contrário, será ela mantida no ordenamento por estar em consonância com os ditames constitucionais.

Uma terceira hipótese é a interpretação conforme da norma impugnada, com ou sem redução de texto, a partir da qual o Supremo Tribunal Federal não retira a norma do ordenamento positivo, mas fixa a forma pela qual deva se dar sua interpretação para que atenda aos preceitos da Lei Maior.

Quanto aos limites da atuação do Pretório Excelso, destaque-se a lição de Alexandre de Moraes:

Importantíssimo ressaltar que o Supremo Tribunal Federal fica condicionado ao pedido, porém não a causa de pedir, ou seja, analisará a constitucionalidade dos dispositivos legais apontados pelo autor, porém poderá declará-los inconstitucionais por fundamentação jurídica diferenciada.¹⁶

Em relação aos efeitos das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, são eles vinculantes, *erga omnes* e *ex tunc* (ou *ex nunc* a depender de eventual modulação por parte do Supremo Tribunal Federal).

Todavia, a questão de seus efeitos da declaração de (in)constitucionalidade, por constituir o ponto central da investigação proposta, será abordada em capítulo próprio.

Por sua vez o controle difuso é exercido no sistema brasileiro de forma exclusivamente incidental e concreto, de forma que a declaração de inconstitucionalidade deve estar necessariamente vinculada a um interesse específico manifestado no feito sobre o qual pende

a apreciação da conformidade de determinada norma à constituição.

Como antes dito, o controle concreto pode se dar em qualquer espécie de feito, devendo-se observar o princípio da reserva de plenário (art. 97, CF) e o julgamento, a princípio (mais à frente se abordará melhor o tema) não tem o condão de retirar a norma do sistema, mas tão somente afastar sua aplicação no caso concreto.

Daí porque, pela teoria clássica, o controle difuso de constitucionalidade possui efeitos *inter pars*.

O recurso extraordinário constitui, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é a forma mais comum de exercício do controle concreto de constitucionalidade naquela corte estando, a princípio, submetido aos efeitos acima delineados.

O que se se pretende a seguir demonstrar é exatamente a necessidade de modernização da teoria clássica, de modo a ampliar-se os efeitos subjetivos do controle concreto de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 624.

CAPÍTULO 3 – O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Dentre as matérias de maior importância na seara do controle de constitucionalidade reside a questão dos efeitos atribuídos às decisões: gerais e abstratos (como as próprias leis) ou particulares e concretos?

Sob o prisma da teoria tradicional do processo constitucional, apenas as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) teriam o condão de produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração, tal como estatui o artigo 102, I, § 2º, Constituição Federal:

Art. 102. (...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas, federal, estadual e municipal.

Assim é que, quando o Supremo Tribunal Federal, por meio do controle concentrado, se debruça sobre a análise da conformidade de determinada norma ou ato administrativo à Constituição Federal, o provimento jurisdicional que emana do Pretório Excelso passa a ter força obrigatória, cria vínculo em relação a todos os jurisdicionados e órgãos de poder, sendo válido trazer a lume que, como ensina Sérgio Sérulo da Cunha, “*vincular é ligar, estabelecer*

laço, relação de dependência ou subordinação, obrigação, sujeição à atuação de outrem.”¹⁷

Note-se que esse efeito vinculante das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, pacificamente aceito (por ser expresso no próprio texto constitucional), em muito se assemelha ao efeito da própria norma editada pelo Legislativo, como aponta Marcus Orione Gonçalves Correia: “*A semelhança entre a lei e o efeito vinculante indica que ambas as categorias expressam a ideia de normatividade, heteronomia, atributividade e bilateralidade.*”¹⁸

Tendo em vista as diferentes possibilidades de manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de determinada norma (total, parcial, interpretação conforme com ou sem redução de texto, norma ainda constitucional, mutação constitucional entre outras), o efeito vinculante das decisões atraiu muitas críticas, por possuir um viés de poder legislativo que, em tese, feriria o dogma da separação de poderes.

Em função disso, mostra-se pertinente trazer a lume os fundamentos de validade e princípios informadores do efeito vinculante neste trabalho defendido.

Além do já mencionado direito fundamental de efetivo acesso à justiça, o efetivo vinculante é também informado pelos princípios da isonomia e da segurança jurídica. A respeito da isonomia, vale transcrever o ensinamento de Celso de Albuquerque Silva:

(...) impende ressaltar que, classicamente, o efeito vinculante tem sido considerado a melhor política judicial porque permite concretizar a regra de justiça consubstanciada no mandamento isonômico de que os iguais devem ser tratados igualmente. Desse princípio deflui a regra de que litígios judiciais substancialmente semelhantes devem ser destinatários de decisões judiciais idênticas.¹⁹

Indubitavelmente, também a segurança jurídica está em plena consonância com o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, pois confere a

¹⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30.

¹⁸ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23.

¹⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen

sempre desejada previsibilidade das decisões a serem adotadas pelos milhares de juízos monocráticos e centenas de órgãos fracionários dos diversos Tribunais espalhados no imenso território brasileiro. Sobre o tema discorre com propriedade José Rogério Cruz e Tucci²⁰ ao indicar que um precedente a ser invocado não só “*aumenta em muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica*”, como também “*essa função nomofilática atende também ao interesse público da unidade da jurisprudência*”, posto que, “*ao assegurar certa estabilidade, a observância do precedente, em caso análogo posterior, contribui a um só tempo para a certeza jurídica e para a proteção da credibilidade na tomada da decisão judicial*”.

Vistos os princípios norteadores do efeito vinculante, se impõe tratar de seus limites objetivos e subjetivos.

Quanto aos limites subjetivos, a regra clássica estatuída pelo artigo 472 do Código de Processo Civil é de que a coisa julgada em determinado processo não prejudica ou beneficia terceiros. Esse limite, porém, comporta exceções, sendo o efeito vinculante uma dessas situações de excepcionalidade e que faz com que a decisão extrapole as partes do processo.

A posição a que este trabalho se alinha é de que tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI e ADECON), quanto em controle difuso realizado pelo pleno do STF (como adiante será melhor tratado), os efeitos da decisão devem ser *erga omnes*, e não apenas entre as partes.

Isso porque se a Constituição vista como uma fonte realmente balizadora de condutas (e não meramente programática ou de orientação) a todos obriga e seus efeitos se irradiam a todas as áreas do direito e da sociedade (uma normatividade inata), com igual razão a interpretação da norma constitucional – manifestada por meio da decisão em sede de controle de constitucionalidade – deve ser respeitada e obrigar a todos.

Em relação aos limites objetivos, a teoria tradicional do processo constitucional leva ao enunciado de que apenas o dispositivo da decisão proferida pelo Poder Judiciário possui

Juris, 2005. p. XX

²⁰ TUCCI, José Rogerio Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2007. p. 17.

efeitos *erga omnes*, possuindo a decisão força de lei, tal qual dispõe o artigo 468 do Código de Processo Civil.

Todavia, entende-se como necessário um avanço em relação a tal visão, vez que no atual estágio de massificação de demandas, a satisfatória resposta aos jurisdicionados (incluindo a previsibilidade atinente à segurança jurídica) perpassa não apenas pelo dispositivo das decisões. Assim, a inovação que se propõe é justamente em relação à abrangência desses limites objetivos, vez que se parece plenamente factível que também a fundamentação da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade seja vinculante aos demais órgãos e poderes. Nesse sentido é a coerente manifestação de Roger Stiefelmann Leal:

Em alguns países europeus, não afeitos propriamente à prática construtivista do *stare decisis*, percebeu-se a necessidade de reforçar a eficácia das decisões prolatadas no âmbito da jurisdição constitucional, de modo que os demais poderes do Estado, inclusive os tribunais e a administração pública, estivessem vinculados não só à parte dispositiva da sentença, mas também aos motivos, princípios e interpretações que lhe serviram de fundamento (...). A imposição da *ratio decidendi* que presidiu a decisão aos demais poderes teria como efeito normativo necessário a proibição do uso do expediente da reiteração do comportamento julgado inconstitucional, bem como a obrigação de eliminar os demais atos que encerram o mesmo vício apontado.²¹

Trata-se de uma necessária revisão do disposto no artigo 469, inciso I, do Código de Processo Civil que, como visto, foi pensado e posto em vigor ao tempo em que a sociedade era substancialmente diferente em relação ao volume e características de massificação das demandas.

Daí falar-se num *efeito transcendente* dos motivos expostos nas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade para que, além da própria demanda em questão, constituam também elemento de vinculação para demandas outras que versem sobre questões jurídicas idênticas.

²¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 113.

Essa expansão dos fundamentos da decisão em sede de controle de constitucionalidade se mostra, em verdade, absolutamente salutar para o alcance da tão almejada segurança jurídica e encontra esteio também ao se observar a finalidade precípua dos tribunais superiores (de uniformização de entendimento), como de certa forma aponta João Luís Fischer Dias:

Os tribunais superiores, no mais das vezes, produzem precedentes paradigmáticos. Vale como precedente não o comando final da sentença ou do acórdão, mas sim a resposta lógica-racional acerca do quadro fático-jurídico subjacente ao caso concreto. Em outras palavras, o que vincula é a fundamentação exarada na decisão que tenha abordado, com consciência, uma questão jurídica posta.²²

É também importante notar que não são quaisquer motivos que transcendem à esfera da decisão particular para integrar o efeito vinculante, mas tão somente aqueles que compõem o núcleo da fundamentação, a *ratio decidendi*. Como bem aponta Pedro Lenza: “a *ratio decidendi* é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação.”²³

Vale ressaltar que, apesar de ainda não ser matéria pacífica na corte, o Supremo Tribunal Federal em alguns julgados vem adotando a teoria da transcendência, tal como o fez no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.345/DF na qual conferiu “efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917.”

Importante também notar que o efeito vinculante das decisões possui um efeito reflexo (por não ser sua finalidade precípua) que, no cenário contemporâneo, se mostra importante relevância, qual seja a contribuição para a redução do número de recursos sujeitos à apreciação pelos Tribunais. É de notória ciência o completo abarrotamento das cortes superiores em função do invencível número de casos pendentes de apreciação, muitos deles absolutamente idênticos.

²² DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante dos precedentes jurisprudenciais e das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p. 15.

²³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

Exatamente em função disso é que existe uma verdadeira cruzada por parte dos operadores do direito com vistas a encontrar soluções e mecanismos para, ao mesmo tempo, conferir-se soluções adequadas aos casos concretos e promover a redução no número de recursos (da matéria se ocupa amplamente o Projeto de Novo Código de Processo Civil).

Esse efeito indireto está em consonância com o princípio do efetivo acesso à justiça ao permitir que a parte não tenha o reconhecimento de seu direito relegado a décadas de tramitação de uma ação cujas razões de decidir já foram há muito fixadas pelo STF, mas que depende da chancela daquela corte para que possa ter em seu favor uma decisão exequível. Do mesmo modo, o efeito vinculante tal como aqui sustentado acaba por contribuir também para os sempre invocados princípios da segurança jurídica e da celeridade processual.

Há de se dedicar algumas palavras a uma determinada observação dos críticos ao efeito vinculante das decisões, qual seja a de que a vinculação levaria a um cenário de estagnação da interpretação constitucional, vez que a mera “replicação” de precedentes para os casos novos impediria o reexame da matéria e a evolução da justiça constitucional.

Com a devida vênia, não se vislumbra que o efeito vinculante leve ao congelamento da justiça, tendo em vista que o direito constitucional, dada sua inevitável aproximação com a política, é sempre matéria viva e sujeita às mutações sociais, econômicas e políticas, bem como a releituras dos provimentos anteriores em função da modificação dos integrantes da corte constitucional.

Assim, o engessamento da hermenêutica constitucional é obstado pela inexistência de vinculação do próprio Supremo Tribunal Federal aos precedentes (a vinculação é dos demais órgãos judiciários) e também pela possibilidade de revisão diante do evidente clamor social, da mudança da legislação, de manifestações em tal sentido por outros órgãos do judiciário, tal como já ocorre em relação aos instrumentos de revisão da súmula vinculante e à semelhança do que ocorre nos sistemas que adotam a regra do *stare decisis*.

Por todas essas razões tem-se como verdadeiramente salutar o efeito vinculante das decisões em sede de controle de constitucionalidade, o que se investigará a seguir é se esse efeito vinculativo se aplica apenas às decisões pela via concentrada ou também na via difusa.

CAPÍTULO 4 – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.

No tocante ao controle concentrado de constitucionalidade não existe dúvida de que o provimento que dele emana possui caráter vinculante, como se tratou até o presente momento. A respeito da matéria, assim se manifesta Manoel Gonçalves Ferreira Filho: *sem eficácia erga omnes e sem esse efeito vinculante, a ação não alcançaria o fim colimado*”²⁴.

Todavia, grande polêmica ainda há em relação à atribuição de efeito vinculante também às decisões (ou melhor, aos seus fundamentos determinantes) proferidas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, isto é, quando a constitucionalidade de determinada norma é decidida de forma incidental.

Noutros termos, a questão que se pretende aqui responder é se o controle concreto de constitucionalidade pode ser “abstrativizado” (tornado abstrato) e invocado de forma vinculante a casos diversos.

A doutrina clássica rechaça a possibilidade por entender que essa abstrativização feriria o direito de acesso à justiça, o preceito fundamental da separação dos poderes e também o princípio da relatividade das decisões (art. 472 do CPC).

Sérgio Sérvulo da Cunha, por exemplo, entende que a ampliação do efeito vinculante equivaleria à afronta aos dispositivos dos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal:

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 206.

Atribuir eficácia *erga omnes* a essa decisão equivaleria a apagar da Constituição a garantia inscrita em seu art. 5º, incs. LIV, LV e XXXV. Isto é impossível sem ruptura da lei magna. A decisão proferida em recurso extraordinário, dessarte, passaria a ter dupla eficácia: a primeira, sua eficácia própria e original de, modificando a sentença, alcançar a esfera de direitos das partes, conforme a lei de regência; a segunda, a eficácia extraprocessual geral, superposta à primeira.

Consequência de emenda constitucional que conferisse eficácia *erga omnes* a decisões do Supremo no julgamento de recurso extraordinário seria a derrogação tácita do inc. X do art. 52 da Constituição.²⁵

Por outra linha argumentativa, Antonio Carlos Diniz assevera que o provimento emanado no Supremo Tribunal Federal em controle difuso capaz de retirar do ordenamento a norma inconstitucional invadiria a competência afeita ao Poder Legislativo e vulneraria a tripartição de poderes:

Conflita com o princípio da separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, inc. III), cláusula pétrea constitucional, na medida em que os Tribunais não podem editar regras gerais e abstratas, com validade universal, e poder prescritivo próprio das normas abstratas, uma vez que lhes cabe precipuamente o papel de decidir a lei aplicável à espécie. Ao interpretar a lei com caráter geral e vinculativo os Tribunais estariam se imiscuindo na área de competência constitucional do Poder Legislativo, convertendo-se em autênticos legisladores anômalos, posto que, na prática, a vontade do intérprete teria eficácia de lei;²⁶

Com a devida vênia, os argumentos não merecem acolhimento, pelas mesmas razões acima expostas quando se tratou do efeito vinculante das decisões em controle de constitucionalidade no capítulo anterior.

Parece equivocada a impressão de que o fenômeno da abstrativização mitigaria o acesso à justiça ou a inafastabilidade da jurisdição, isso porque não haveria qualquer óbice para que a

²⁵ CUNHA, Sergio Servulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99-100.

²⁶ DINIZ, Antonio Carlos de A. *Efeito vinculante e suas consequências para o ordenamento jurídico*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/252/efeito-vinculante-e-suas-consequencias-para-o-ordenamento-juridico>>. Acesso em 22/12/2013.

parte cujo direito entenda vulnerado venha a buscar guarida junto ao Poder Judiciário, o que haverá em verdade é apenas a limitação do grau de cognição das instâncias inferiores em relação à matéria constitucional, que hão de aplicar o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal (à semelhança do que já ocorre, por exemplo, em ADI julgada procedente para aplicação de interpretação conforme, sem redução de texto).

Por óbvio, caso o magistrado ordinário (juiz natural da causa) entenda não ser o caso de aplicação do precedente ou que há razões suficientes a provocar o Supremo à revisão da decisão, poderá deixar de aplicar o preceito abstrato ou, se o caso, instaurar o adequado procedimento para revisão da interpretação, tal como já ocorre em relação à súmula vinculante.

De outra parte, no tocante à pretensa vulneração à separação de poderes melhor sorte não há à resistência voltada contra a abstrativização. Com efeito, se ao Supremo Tribunal Federal cabe pelo texto da própria Carta Magna, a sua guarda, é evidente que a norma fundante também lhe atribui a competência de extirpar do ordenamento as leis e normas que sejam contrárias à Carta Política. Mais do que isso, se o Supremo pode fazê-lo quando provocado por meio de ADI ou ADECON, porque não poderia fazê-lo em sede de recurso extraordinário? No entender ora esposado, se mostra claro que em ambos os casos o exame de constitucionalidade deve ter seus efeitos estendidos a casos outros.

Cogita-se também ser incabível a abstrativização em função do disposto no artigo 472 do Código de Processo Civil que trata dos limites subjetivos da coisa julgada apenas às partes demandantes. Uma vez mais se pede vênias para refutar o argumento pelo fato de que normas constitucionais (como as que tratam do controle de constitucionalidade e seus efeitos) não podem ser interpretadas a partir de normas infraconstitucionais.

O caminho a ser trilhado é exatamente o oposto, de maneira que a limitação contida na lei processual é que deve se mitigada, admitindo-se em casos excepcionalíssimos como o ora tratado (de reconhecimento de inconstitucionalidade) a extensão de efeitos para além das partes do processo, a fim de que seja assegurada a supremacia da constituição.

Afastados, assim, os argumentos iniciais contrários à abstrativização do controle concreto de

constitucionalidade, passa-se a discorrer sobre os fundamentos que se entende como hábeis à admissão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

A primeira das razões para a admissão da extensão dos efeitos do exame de constitucionalidade em concreto para outros casos, inclusive encampando-se a teoria da transcendência da *ratio decidendi*, reside no fenômeno da aproximação entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, com a valorização cada vez maior dos precedentes como forma encontrada pelo Judiciário na tentativa conferir respostas mais adequadas à sociedade contemporânea. Sobre a matéria confira-se a manifestação de Eduardo de Albuquerque Parente²⁷:

(...) existe um movimento de aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos, que já possuem alguns pontos de encontro sobre determinados assuntos, a começar pelas decisões judiciais. (...) ...as influências transpostas entre *common* e *civil law* mostram que a realidade é de desconstrução de paradigmas. Não se busca confusão ou incerteza, mas, pelo contrário, aperfeiçoar ambos os sistemas às necessidades atuais. O que deverá ocorrer é que o fenômeno leve a um terceiro caminho em alguns países. No Brasil, as influências do mecanismo de precedentes têm sido enormes e possuem a excelente justificativa de buscar mais previsibilidade na aplicação do direito.

É o que João Carlos Navarro de Almeida Prado atribui o nome de “*sincretismo no controle de constitucionalidade*” que seria consequência de uma “*influência da realidade concreta no controle abstrato e da abstrativização do controle concreto.*”²⁸

O segundo motivo em prol da abstrativização do controle difuso é a chamada vocação expansiva das decisões proferidas em controle concreto (que, a princípio, seriam *inter pars*) sobre a constitucionalidade de determinada norma, essa vocação se traduz na consequência natural de que essa análise de constitucionalidade pelo órgão competente venha a se repetir

²⁷ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 17-19

²⁸ PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. *Sincretismo no controle de constitucionalidade*. Parte II: abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. In: Revista Jurídica Consulex. a. XI, n. 242. p. 62-64.

em casos outros, sob pena de haver inegável contradição na postura do órgão julgante. É o que ensina Teori Zavascki ao afirmar que “*as decisões a respeito da legitimidade das normas têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto.*”²⁹

Grande exemplo dessa vocação expansiva é de que a existência de uma declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concreto pelo STF legitimaria o ajuizamento de ação rescisória em face de decisão em sentido contrário.

Outro fundamento pela admissibilidade da abstrativização é de ordem lógica e se funda no princípio da reserva de plenário estatuída no artigo 97 da Constituição Federal.

Com efeito, a declaração da inconstitucionalidade de determinada norma federal, sendo indiferente o modo de controle (concreto ou abstrato) apenas pode ser proferida pela maioria do STF, sendo a matéria reservada ao plenário da Excelsa Corte.

Dessa forma, visto que em ambos os casos é imprescindível o mesmo quórum e o mesmo número de votos para o exame da constitucionalidade de determinada norma pelo STF, não se afigura razoável (dentro da perspectiva do neoconstitucionalismo e da supremacia da constituição) que a extensão dos efeitos das decisões dependa exclusivamente do procedimento a partir do qual o órgão supremo chegou à conclusão a respeito constitucionalidade.

Com a devida vênia, o que deve prevalecer é a manifestação do Supremo Tribunal Federal que, pela mesma quantidade de votos necessários ao exercício do controle abstrato, chega à constatação pela conformação ou não conformação da norma em face da Constituição.

Pela teoria aqui abraçada, é a qualificação do julgamento em matéria de constitucionalidade (pelo plenário do STF e em número de votos suficientes à decisão em igual sentido também em controle concentrado) que legitima o efeito vinculante da decisão em demais casos idênticos.

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001. p. 26.

Basta, nesse passo, que o exame da norma tenha se dado de forma objetiva (examinada sua compatibilidade ou incompatibilidade com a Constituição Federal) para que o resultado desse pronunciamento jurisdicional seja passível de extensão (abstrativização).

A corroborar o quanto exposto, ainda que em nível infraconstitucional, a dicção do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil³⁰ também leva à constatação de que, em havendo decisão do plenário do STF acerca da constitucionalidade de determinada norma, é vedada a submissão da questão ao pleno ou órgão especial dos tribunais (TJs, TRFs, TRTs, TRMs).

Note-se que o dispositivo da lei processual não ressalva sua aplicação às hipóteses de controle concentrado pelo STF, bastando a manifestação do plenário, o que, como visto, pode se dar também no âmbito do controle difuso.

Nesses casos evidencia-se que o próprio ordenamento atribui efeitos abstratos à decisão do pleno do STF, ainda que em controle difuso, admitindo-se a abstrativização preconizada.

Também o § 3º do artigo 102 da Constituição Federal confirma a vocação expansiva acima tratada e a viabilidade da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ao estabelecer como requisito do recurso extraordinário a *repercussão geral*.

Certamente, a *mens legis* da norma instituidora da repercussão geral é a de que uma decisão proferida pelo plenário do STF (notadamente em matéria constitucional) deva repercutir nos demais casos idênticos. Noutras palavras, a decisão sobre a constitucionalidade emanada do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário deve ser replicada, sendo aplicada de modo uniforme e abstrato em relação a todos os casos que a ela se submetam de forma geral.

A exigência da repercussão geral, aliás, representa por si só um contra argumento àqueles que entendem pela manutenção da tese da relatividade das decisões no controle concreto. Se a exigência é de repercussão geral da matéria constitucional, tal requisito apenas tem sentido se

³⁰ Art. 481. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do

nos litígios relativos à mesma matéria seria aplicada a mesma decisão, o que não é outra coisa senão abstrativizar o julgamento proferido pela via difusa.

Tornando ainda mais robusta a defesa da viabilidade da abstrativização do controle difuso é o seguinte precedente do próprio Supremo Tribunal Federal no qual foi efetivamente aplicada a teoria da transcendência e a declaração sobre a (in)constitucionalidade realizada na via difusa foi transporta para a via concentrada, restando abstrativizada.

Trata-se do julgamento ao recurso extraordinário nº. 197.917 sobre o número de vereadores do Município de Mira Estrela e que, apesar de proferido em controle difuso, ensejou a edição da Resolução nº. 21.702/04 pelo Tribunal Superior Eleitoral na mesma linha da decisão oriunda do controle concreto.

Sob o argumento de impossibilidade de extensão dos efeitos do recurso extraordinário, foi ajuizada a ADIs 3.345, a qual foi julgada improcedente exatamente por se admitir a validade e legitimação da adoção pelo TSE do entendimento manifestado no controle concreto pelo pleno do STF de modo a ser o controle concreto tornado “abstrato”, como se infere no seguinte trecho do voto do Min. Celso de Mello:

Ao assim proceder, o Tribunal Superior Eleitoral, atuando em sua condição de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral (...) objetivou dissipar dúvidas (...) a propósito de controvérsia que esta Suprema Corte acabara de resolver em julgamento plenário no qual o Supremo exerceu a prerrogativa extraordinária que lhe atribui, em sede de interpretação constitucional, o monopólio da última palavra.

Na realidade, o Tribunal Superior Eleitoral, expondo-se à eficácia irradiante dos motivos determinantes que fundamentaram o mencionado julgamento plenário do RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, submeteu-se, na elaboração do ato ora questionado, ao princípio da força normativa da Constituição, que representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional.

(...)

Torna-se relevante salientar, na linha do que destacou o eminente Ministro GILMAR MENDES, que esta Suprema Corte deu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917/SP.

Esse aspecto assume relevo indiscutível, pois permite examinar a presente controvérsia constitucional em face do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no julgamento plenário do RE 197.917/SP,

Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, especialmente em decorrência das intervenções dos eminentes Ministros NELSON JOBIM, GILMAR MENDES e SEPÚLVEDA PERTENCE.

Cabe referir, em particular, neste ponto, a intervenção do eminente Ministro GILMAR MENDES, que ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria “ratio decidendi” que motivou o julgamento do precedente mencionado.

Essa visão do fenômeno da transcendência – que esta Corte admitiu na decisão proferida na Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – reflete a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes (“ratio decidendi”) do julgado declaratório de inconstitucionalidade emanado do Supremo Tribunal Federal...”

Denota-se, portanto, que a decisão em sede difusa acabou sendo inegavelmente abstrativizada.

Por fim, um último argumento, e talvez o mais forte de todos, confirma a tese adotada neste trabalho, qual seja a conjugação dos princípios da supremacia da constituição, da isonomia e da segurança jurídica reclama a atribuição de efeitos abstratos à declaração incidental de (in)constitucionalidade.

Isso porque a força normativa da Constituição (em sua supremacia) obriga o tribunal constitucional a se debruçar sobre as demais normas e, via de regra, proceder a um exame abstrato de sua conformidade em relação à Lei Maior, chegando a uma conclusão também no plano abstrato.

Assim, se a conclusão se dá no plano abstrato, é evidente que a norma não pode ser constitucional para alguns e inconstitucional para outros, desde que se trate de situações idênticas, sob pena de quebra da isonomia petreamente garantida.

Por conseguinte, a decisão há de se espalhar para além das partes envolvidas naquele caso específico, sendo previsível e esperada (em nome da segurança jurídica) a adoção da mesma solução nos demais casos iguais.

Forte em tais razões, entende-se que o sistema jurídico brasileiro admite, ainda que não de forma expressa, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade aqui referida.

CONCLUSÃO.

Consoante se observou neste trabalho, a sociedade pós-moderna reclama cada vez mais a efetivação do princípio do acesso à justiça, situação que encontra óbice na incapacidade de o Judiciário responder adequadamente ao número sempre crescente de demandas, muitas delas relativas a situações idênticas.

Também restou devidamente demonstrado que, no Estado Democrático de Direito e como evolução do constitucionalismo, vige o princípio da supremacia da constituição, sendo que a Carta Magna se mostra muito além de um elemento meramente programático, possui força normativa e vinculante a todo o sistema jurídico e social.

Em virtude disso e da própria dinâmica da sociedade contemporânea, se mostra imperiosa a existência de mecanismos cada vez mais sofisticados e efetivamente capazes de fazer com que todas as normas infraconstitucionais e os atos de governo estejam em plena consonância com a constituição federal, o que se dá por meio do controle de constitucionalidade. Em relação a normas federais e na via concentrada, tal controle é exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal a quem cabe a guarda e a última palavra na interpretação do texto constitucional.

Pois bem, analisadas as diversas formas de controle de constitucionalidade, seja pela via difusa ou concentrada, comprovou-se que a manifestação que emana do Pretório Excelso possui e realmente deve possuir efeitos vinculantes a todos os integrantes do Judiciário e da Administração, sem que tal vinculação implique em qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes ou de outros preceitos constitucionais e legais.

Pelo contrário, pontuou-se que o efeito vinculante da declaração de (in)constitucionalidade sem sede de controle concentrado representa verdadeira manifestação de observância dos princípios da supremacia da constituição, igualdade e segurança jurídica, além do exercício regular da tarefa de guarda constitucionalmente outorgada ao Supremo Tribunal Federal.

Nessa quadra e em homenagem aos indigitados princípios, apontou-se como plenamente válida e salutar a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida pelo STF em sede de controle de constitucionalidade para outras demandas idênticas, exercendo sobre estas caráter também vinculante para a manutenção da harmonia e coerência sistêmica imprescindível em matéria de averiguação de constitucionalidade de leis e atos de governo.

Diante disso e tendo em vista que cada vez mais os sistemas de controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade se aproximam, bem como o fato de que o Supremo Tribunal Federal ao examinar a constitucionalidade de determinada norma sempre o deve fazer de forma geral (com nítida vocação expansiva), reputou-se como perfeitamente cabível e adequada às necessidades jurisdicionais contemporâneas a atribuição de efeitos abstratos às decisões proferidas em litígios inicialmente submetidos ao exame concreto.

Mostrou-se que se o Supremo Tribunal Federal declara, mesmo que de forma incidental (controle difuso), a inconstitucionalidade de determinada norma e tal norma índice de forma geral e abstrata, e que tal declaração necessita ter seus efeitos transpostos a outros casos idênticos, sendo abstrativizada.

Ressaltou-se, ademais, que é logicamente inviável (ou ao menos deve ser evitado) que para alguns (partes do processo sujeitas ao controle difuso) a norma tenha uma interpretação e, ao mesmo tempo, seja interpretada de modo diferenciado em relação aos demais terceiros não integrantes do feito, mormente pelo fato de que o exame da conformidade da norma à constituição sempre deve se dar a partir de uma apreciação objetiva (abstrata) da norma posta em xeque.

Destarte, a abstrativização do controle na esfera difusa representa e corporifica a implementação prática dos preceitos da supremacia da constituição, da isonomia e da

segurança jurídica, mostrando-se salutar que, independentemente da via pela qual realizado o controle, a decisão sobre a constitucionalidade tenha seus efeitos radiados a todos os jurisdicionados, sendo deveras mais importante o resultado do exame de constitucionalidade (declaração pelo plenário do Supremo) do que o caminho trilhado até o advento do pronunciamento (via difusa ou concentrada).

Restou também esclarecido que a pretendida abstrativização também não ensejará um congelamento da justiça constitucional, haja vista serem a ela aplicáveis os mesmos mecanismos já existentes para a promoção da revisão de súmulas vinculantes, por exemplo, ou para o afastamento de precedentes vinculantes por inaplicabilidade aos casos concretos.

A partir de tais premissas e dos demais argumentos delineados no corpo do estudo, conclui-se ser adequada ao ordenamento jurídico brasileiro a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade que, em análise última, representa um avanço na incessante busca pela evolução dos mecanismos destinados a fazer prevalecer e tornar aplicável a Constituição Federal enquanto norma fundante de todo o sistema e norteadora de todas as demais normas e condutas.

REFERÊNCIAS.

ARAÚJO, Luís Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> acesso em 22/12/2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Consultado em 22 de dez. 2013.

BULOS. Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1996.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante dos precedentes jurisprudenciais e das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2005. T. VI.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. *Sincretismo no controle de constitucionalidade*. Parte II: abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. In: Revista Jurídica Consulex. a. XI, n. 242.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. 2ª Tiragem, 2003.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, José Rogerio Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.